✠

POR D. CATALINA DE GAVIRIA, VIUDA DE DON ANDRES DE MADARIAGA, CAVALLERO DE LA ORDEN DE SANTIAGO.

EN EL PLEYTO

DE CONCURSO DE ACREEDORES A LOS BIENES DE Doña Iuliana, y Doña Ana Piçarro, en el articulo sobre la venta y remate del oficio de Escriuano Publico, a que ha salido el Patronazgo que fundô Gaspar de Leon.

Se suplica a V. m. l. passe los ojos por este apuntamiento, en que se responde al papel que por la parte contraria se ha dado.

QVIERE Fundar el Abogado contrario, que no se pudo vender el oficio de Escriuano publico, q̃ vsaua Gaspar de Leon marido de D. Iuliana Piçarro; esto por dos medios, o fundamentos de que compone las dos partes, o articulos a que reduze su informe, y a q̃ responderemos cõ la breuedad posible. Y en orden a ella omitiremos la relacion que haze del Hecho, no porque estè ajustada, que no lo està, sino muy cortada y dispuesta en su fauor, sino porque lo poco q̃ del fuere menester para ajustar nuestras alegaciones irâ texido con ellas: y assi supondremos solamente, que el dicho Gaspar de Leon, por clausula de su testamento que està en los autos, declara como su muger y èl traxeron

 igual

✠

POR D. CATALINA DE GAVIRIA, VIVDA DE DON ANDRES DE MADARIAGA, CAVALLERO DE LA ORDEN DE SANTIAGO,

EN EL PLEYTO

DE CONCVRSO DE ACREEDORES A LOS BIENES DE Doña Iuliana, y Doña Ana Piçarro, en el articulo sobre la venta y remate del oficio de Escriuano Publico, a que ha salido el Patronazgo que fundô Gaspar de Leon.

Se suplica a V.m.l. passe los ojos por este apuntamiento, en que se responde al papel que por la parte contraria se ha dado.

QVIERE Fundar el Abogado contrario, que no se pudo vender el oficio de Escriuano publico, q̃ vsaua Gaspar de Leon marido de D. Iuliana Piçarro; esto por dos medios, o fundamentos de que compone las dos partes, o articulos a que reduze su informe, y a q̃ responderemos cō la breuedad posible. Y en orden a ella omitiremos la relacion que haze del Hecho, no porque estè ajustada, que no lo està, sino muy cortada y dispuesta en su fauor, sino porque lo poco q̃ del fuere menester para ajustar nuestras alegaciones irâ texido con ellas: y asi supondremos solamente, que el dicho Gaspar de Leon, por clausula de su testamento que està en los autos, declarâ como su muger y èl traxeron

igual hazienda al matrimonio, y que assi no ajusta la que fue, porque la ha de instituir heredera vniuersal en sus bienes, y que la dicha D. Iuliana en conformidad de la facultad q̃ su marido le dio, dispuso de sus bienes, y de los del dicho su marido, assi con las obligaciones y enagenaciones q̃ hizo, como en muerte, instituyendo a su hermana por su heredera, y en el remaniente que della quedasse, a vna Capellania, de que consta por el testamento y codicilo que està presentado.

AD PRIMAM PARTEM.

ESto supuesto, entramos en la primera parte del informe contrario, en que se quiere fundar que el oficio de Escriuano publico quedò vinculado, y no enagenable por las clausulas del testamento del dicho Gaspar de Leon, que refiere a la letra: y para su respuesta no podemos dexar de notar, que todas las palabras de los testadores obran en su disposiciõ, de suerte que ninguna està sin mysterio. Doctrina es esta de el Consulto repetida en muchas partes, principalmente en la l. si quando. ff. de leg. 1. y en la l. generaliter. §. 1. ff. de vsufructu legato, canonizada en el cap. si Papa, en el principio, de priuileg. in 6. donde comunmente notan este principio los Doctores. Y digo poco *todas las palabras, imo quælibet syllaba debet habere effectum, & sine eo stare non debet, non enim frustra membranas debemus occupare.* Palabras son de Marta de successione legali, tom. 2. p. 4. quest. 30. artic. 6. num. 3. que alega buenos Derechos, y Doctores: addo Surdum consi. 325. num. 6. Gonçalez ad reg. chancelleriæ. §. 7. proœmiali.

De donde se infiere, que cotejadas bien las palabras del testamento del dicho Gaspar de Leon, contenidas en la clausula que a la letra se inserta en el num. 11. del papel contrario, con las de los textos que alega en los numeros 14. 15. y 16. llanamente se manifiesta quan impossible es ajustarlas a la disposicion de ellos: porque se halla lo primero, que entra dando facultad a Doña Iuliana Piçarro su muger, despues de auerla instituido por heredera vniuersal en todos sus bienes, *Para que los pueda vender, enagenar, donar, y disponer dellos a su libre voluntad en todo, o en la parte que quisiere sin ninguna limitacion.* Y casi la missma facultad dà a Doña Ana Piçarro su cuñada con dexarla

por

por vsufructuaria, ibi: *Sin que por el dicho titulo de vsufructo se le pueda impedir el vso y enagenacion de los dichos bienes.*

Rursus se halla q en el fideicommisso no mostrò voluntad, ni desseo de que todos los bienes que èl dexaua, se restituyeren por su muger, ni que el oficio de Escriuano publico estuuiere todo sugeto a restitucion: assi lo dize claramente, ibi: *Porque yo fio della* (habla de su muger) *y dela merced que me haze, que aũque le doy esta plena facultad, no los enagenarà todos* (notetur quæso hoc verbum) *sino que dexarà a su hermana D. Ana Piça ro que goze de los bienes que della y de mi quedaren.* Et rursus hablando con Doña Ana Piçarro, repite: *Y por el consiguiente la dicha señora Doña Ana que dexe gozar de los dichos bienes, o delos que quedaren de parte y superabit de mi herencia, y de la dicha Doña Iuliana mi muger a Doña Luisa de Leon Garauito mi sobrina, y a falta della de todos los dichos bienes que quedaren, como sea el dicho oficio de Escriuano publico, con los cargos y obligaciones que tuuiere, al Dean y Cabildo, para que su Señoria disponga del dicho oficio, &c.*

Por manera que lo que quiso Gaspar de Leon solo fue, que si algo quedare de sus bienes y de los de su muger, de que no huuiesse dispuesto, se restituyesse a su cuñada, y que el oficio de Escriuano publico si quedare por muerte de su sobrina con sus cargas y obligaciones se conuirtiesse en obras pias de Capellanias, Dotes de Donzellas, y Redẽpcion de Cautiuos en la conformidad que el Dean y Cabildo dispusiesse. Cõque en el vno y en el otro caso venimos a estar en la question que disputan los Doctores en la authentica *Contra eum rogatus*. C. ad Senatusconsultum Trebelianum, nempe quando el el fideicommisso es de eo quod supererit, quanto tiene obligacion a dexar el heredero, cui data est alienandi facultas a su fideicommissario, en la qual los Doctores ajustan la materia distinguiendo dos casos. El primero, quando expressamente el testador da plena y libre facultad al heredero para que disponga de la herencia. Et tunc aunque luego haga fideicommisso della, resuelue que puede el heredero grauado enagenarla toda sin dexar al fideicommissario cosa alguna. Probò esto latamente Menochio præsumpt. 188. num. 5. lib. 4. *Secundus casus est* (dize) *quando testator qui bona fideicommisso subiecit expressam licentiam alienandi cõcessit grauato, hoc casu liberè potest grauatus alienare omnia bona, nil penitus reseruato ei, cui testator voluit bona restitui.* Alega para esto muchos

chos Doctores y Derechos, y la razon que dà es: *Nam sicuti potuit testator non relinquere fideicommissum, ita etiam potuit illud relinquere sub conditione, si bona non erunt tempore mortis ipsius hæredis ab eo alienata.* Latissimè Tiberius Decianus resp. 27. per tot. tom. 3. donde en el num. 43. estiende esta resolucion: *Quod permissa alienatione per testatorem possit granatus etiam in fraude alienare, id est animo subvertendi fideicommissum, quia ipse non subvertit, sed testator qui licentiam concessit.* Es muy copioso, y muy del proposito de este pleyto el cõsejo 10. de Pedro Surdo, donde en todo él probò esto mismo, quibus addo Fussarium cons. 8. & 148.

El segundo caso es, quando el testador tacitamente permitio la enagenacion, lo qual exemplifican los Doctores quando el fideicommisso es *de eo quod supererit.* Sic Menochius qui latè rem prosequitur dicta præsumpt. 188. num. 11. y en este caso aunque de Derecho de los fff. aliter se res habeat, y por la authentica *Contra cùm rogatus.* C. ad Trebellianum, cumple el heredero con dexar la quarta parte al fideicommissario, disponiendo de las otras tres: *Contra cùm rogatus fuerit quis* (dize) *ut sine liberis decedens quod tunc ex hæreditate superfuit, restituat, & el alijs huiusmodi fideicommissi verbis grauatur quartam institutionis fideicommissario restituere cogitur.* Donde sacò por conclusion Saliceto: *Rogatus de restituendo quod superfit de hæreditate, tenetur saltem quartam partem reseruare.* Sic Menochius vbi sup. qui plura congerit. Es lugar de Marta es muy copioso, de successione legali. 4. p. quæst. 21. art. 10. à num. 83. Y en el num. 84. estiende esta resolucion, etiam a la enagenacion voluntaria, y sin causa q̃ a ella obligue, ora la haga en vida, o en muerte, ibi: *Ergo ipse donatarius poterit alienare ad libitum tanquã dominus, etiam sine iusta causa, ideo quæ nullo modo est facienda distinctio, an dolo, vel fraude alienauerit; quia data est illi potestas alienandi, quæ veris dominis concessa fuit, sed verus dominus re sua al uti potest: ergo, &c. Et non est facienda distinctio, an possit solùm alienare in vita, & non in morte, quoniam potestas domino non est ita coarctata.*

De aqui se infiere bien, que en el caso presente estamos en la primera parte desta distincion porque como se ha visto, quando concedamos que las palabras de la clausula referida induzgan verdadero fideicommisso, no se puede negar que por ella misma se dà plenissima facultad a doña Iuliana Piçarro para enagenar los bienes, y en particular el oficio de Escriuano publico

blico por palabras tales, y tan exuberantes, que comprehendieron todos y qualesquier modos de enagenacion, ibi: *Para que los pueda vender, enagenar, donar, y disponer dellos a su libre volun tad en todo, o en la parte que quisiere, sin ninguna limitacion.* Et Rursus, ibi: *Como sea el oficio de Escriuano publico con los cargos y obligacion que tuuiere.* Conque no puede dezirse que los bienes de Gaspar de Leon quedaron todos vinculados, sino libres y a la disposiciõ de la dicha doña Iuliana que los pudo enagenar y enagenò, como se apuntô al principio deste papel.

Y ni aplicarse a la clausula referida los textos que de contrario se traen, en los quales no solo no se dâ al heredero facul tad de disponer expressa, ni tacita; empero antes se le quita totalmente, obligãdole a que restituya lo que el fidei commisso comprehende, vt videre est en la l. Panphilo Liberio, que es la 37. de legatis 3. ibi: *Seio omnia, quæ tibi Panphilo relinquo*, &c. Y en la ley fideicommissa, §. hæc verba 9. ibi: *Te filij rogo vt ea prædia, quæ ad te peruenerunt*, &c. Y en la ley vnum ex familia, §. itẽ. Marcus, ibi: *Quæcumque vxor eius instituta cæpisset libertis suis redituram.*

Queda tambien con esto respondido a lo que de contrario se alega en el num. 77. donde quiere que doña Iuliana sea heredera fideiussaria, hoc est, non ad suum commodum, sed alienum, que no viene bien con la facultad referida, ni aunque no la tuuiera, con grauarle a que restituyesse lo que quedasse al tiẽ po de su muerte.

Eiusdem farinæ es el consejo de Menoquio 1135. que se alega el num. 18. porque en el caso del huuo buenos fundamẽ tos que refiere y pondera doctamente este Autor, para calificar por fideicommisso, el que se dexò, y ni huuo facultad de enagenar tacita, ni expressa, ni otra circunstancia que se pueda comparar a las de este pleyto. Si la parte contraria alegâra el 1130. q̃ es en nuestra misma hipotesi, hallàra en el num. 4. nuestra misma resolucion, como diremos despues. Aqui añadimos solamente estar poco ajustadas con la clausula de Gaspar de Leon las palabras que della se refieren, porque no dize *que confia que su muger no enagenarà los bienes*, sino que no *los enagenarà todos.* Por manera que en ningun caso le passò por el pẽ samiento, que todos los bienes, ni todo el Oficio se restituyessen al Patronazgo.

Passemos al num. 20. en que confessando la facultad que tuuo para enagenar doña Iuliana, quiere que quedasse restringida por el fideicommisso, que immediatamẽte a ella hizo Gaspar de Leon. A lo qual emos satisfecho con lo que se ha respondido, a que añadimos las palabras de Menochio cõs. 1130. num. 4. donde auiendosele opuesto lo mismo, responde: *Dicimus itaque testatorem nostrum non corresisse, neque substulisse licentiam alienandi per illa verba fideicommissi directa, sed limitasse ipsum fideicommissum, quod scilicet esset ei locus casu, quo ipsa filia legataria nõ disposuisset de ipsis octo modiis terræ sibi legatis, & decessisse sine filijs: & si aliter diceremus, sequeretur absurdum, vt supra attingimus, quod ipse testator statim in continenti se correpsisset, voluntatemque mutasset.* Lo mismo dixo Fussario conf. 148. num. 9. ibi: *Quintò, hæc etiam procedunt, licèt post expressam licentiam alienandi testator substituerit in eo quod supererit.*

Siguese el num. 21. donde se humana mas el Contrario cõcediendo que doña Iuliana pudo enagenar; empero conque fuesse la enagenacion boni viri arbitrio, fundandose en la ley fideicommissum 15. ff. de legat. 3. §. quamquam: la respuesta remitimos, demas de lo que queda apuntado, a Fussario en el conf. 8. y mejor en el 148. a quien intitulò: *Licẽtia expressa alienandi concessa grauato fideicõmisso, an operetur quod totum possit alienare sine causa.* Y no es de oluidar el consejo 10. de Pedro Surdo tom 1. porque habla a la letra en nuestro mismo caso, y assi suplico a V.m. le vea.

En el num. 22. toca el contrario la question, nempè si el q̃ està obligado a restituir *quod supererit*, pueda enagenar alguna cosa; y en terminos de la authentica *contra cûm rogatus*, concluye que el heredero grauado no puede enagenar libremente las tres quartas partes que por ella se le aplican, sino boni viri árbitrio, a que tenemos ya respondido y probado lo còntrario, alegando a Menochio presumpt. 188. lib. 4. donde trae su consejo 334. que el Abogado cõtrario nos opone, y responde a el. Bien que esto se ha dicho ex abundanti, porque como hemos visto, no estamos en caso de facultad presumpta, o tacita en q̃ habla la dicha authentica, sino de facultad expressa, que es caso muy diferente.

Finalmente en el num. 23. buelue el contrario a referir las palabras de la clausula del testamento de Gaspar de Leon, mal ajusta-

ajustadas,como en el num.15.y 18.porque como queda notado,no dixo que confiaua de doña Iuliana *no enagenaria los bienes* que le dexaua,sino que *no los enagenarìa todos*,con que si nos confiessa aqui que doña Ana Piçarro fue la que estuuo grauada a restituir *quod superèrit*,mucho mas lo debe confessar de doña Iuliana quando no tuuiera facultad expressa,pues no solo vna vez como a su hermana,sino dos se lo dize el dicho Gaspar de Leon,ibi: *No los enagenara todos*.Et ibi: *Dexarà que goze*(scilicet doña Ana) *de los bienes que della y de mi quedaren.*

AD SECVNDAM PARTEM.

QViere el Contrario en esta segunda parte fundar,que Don Ignacio de Magaburu,vno de los Acreedores deste concurso,y quien mas solicitò la venta de el oficio de Escriuano publico,por si y por la cessìon que la Casa dela Misericordia le dio,no tuuo credito que cobrar del precio del,y carga el discurso en dos o tres supuestos muy poco ajustados en el Hecho,ni en el Derecho: porque lo primero entra assentando que el tributo que a doña Ana Piçarro pagaua el Conuento de santo Domingo de Portacœli,de que ella hizo donacion a don Ignacio,y èl lo dio insolutum a la Misericordia,era de los bienes que quedaron de doña Catalina Piçarro,cuyo vsufructo por su disposicion quedò a la dicha doña Ana,y doña Iuliana sus sobrinas, y la propriedad a la dicha Casa,lo qual no es assi,porque como consta de la escritura de imposicion,quien lo impuso fue doña Ana Piçarro a su nombre,y de sus dineros en tiempo que doña Catalina su tia era muerta,y doña Iuliana Piçarro gozaua de los bienes de su marido,cō que ni se puede dezir que pertenecio a los bienes della, ni a el fideicommisso que èl dexò: porque quando el dinero fuera ageno de alguno de los referidos, y de el lo huuiera impuesto doña Ana Piçarro a su mismo nombre,quedaria deudora de la cantidad,y el tributo seria suyo, conforme al principio vulgar de la ley si ex ea pecunia. C. de reivendicatione, y de la ley quamuis.C.de pignoribus,quibus consonat lex 49. tit.5.part.5. sic Rodriguez de redditibus lib.3.quæst.11.n.11. Censio de censibus decis.149.n.1.Molina de primoge lib.4. cap.4.num.35.que estiende esto aun en caso que el dinero fuera del

ra del Mayorazgo. Y no ay que insistir en que los Albaceas, y el dicho don Ignacio en la escritura de adjudicacion y paga q̃ hizieron a la Casa de la Misericordia, dixerõ q̃ este tributo pertenecia a la hazienda de la dicha doña Catalina Piçarro, porq̃ como se ve en la clausula que desto trata, fue para mayor fuerza della. Demas de que estando con todos los demas bienes de la dicha doña Ana obligado en fauor de la Casa de la Misericordia, para satisfacion y entrego de los bienes de doña Catalina Piçarro, de que fueron vsufructuarias doña Iuliana, y doña Ana, bien se pudo dezir que le pertenecia, aunque en realidad de verdad fuesse de la dicha doña Ana, y de don Ignacio, a quien hizo donacion del.

De que se sigue, que infiere mal el contrario a el num. 25. que no pudo hazer doña Ana Piçarro donacion deste tributo a D. Ignacio, porque quando fuera llanamente de los bienes de la dicha doña Catalina, ô de Gaspar de Leon, ô de doña Iuliana su muger, pudo hazer donacion de el la dicha D. Ana, mayormente afirmando en ella que era suyo, y obligandose a el saneamiento. Por ageno de toda duda tuuo esto el Consulto, y assi dixo en vna ley que conuenia assi. Rem alienam distrahere, quem posse nulla dubitatio est. 28. ff. de contrahenda emptione. l. si alienam. 13. l. qui alienam 33. ff. de mortis causa donationibus, que hablan expressamente en donacion, y assi reivendicandole tiene el comprador, o el donatario accion para el saneamiento, que es lo que nos basta. l. euicta. 16 ff de euictionibus. Y omito la facultad que la dicha D. Ana Piçarro uuo de Gaspar de Leon, para enagenar los bienes que de el entraren en su poder, por lo menos, como se ha dicho, hasta las tres quartas partes, con la qual tambien pudo enagenarlo hasta en las tres quartas partes, como dexamos apuntado.

Infiere tambien mal en el num. 26. que la Casa de la Misericordia pudo, y debio executar en el dicho tributo, no solo como obligado a la paga de los bienes de la dicha D. Catalina, sino tomar possession del, como vno de los bienes q̃ se le auian de restituir. Lo primero, porque como queda assentado, nunca este tributo fue ni pudo ser bienes de D. Catalina Piçarro. Lo segundo, porque la obligacion que Gaspar de Leon, y D. Iuliana, y D. Ana Piçarro hizieron de restituir a la Casa de la Misericordia la hazienda y vsufructo, los dexô la dicha D. Iuliana,

no

no se obligaron a restituir precisamente los efetos en q̃ quedô, sino 10U805. ducados que valio en juros, tributos, casas, o dinero de contado: de manera que la Misericordia no pudo hazer mas que pedir la dicha cantidad, y los Reos obligados eran los que podian elegir los bienes en que se hiziesse la paga, conforme al principio vulgar: *In alternativis debitoris est electio*, porque tenian in facultate solvendi de pagar en las especies que quedan referidas.

Añade tambien, que no pudo la Casa de la Misericordia ceder los derechos que tenia a Don Ignacio, ni hecha la cessiõ se pudo él aprouechar della: porque quando paga el deudor lo que debe, o la prenda hypotecada se dâ in solutum, ni ay cession que hazer, ni el tal acreedor tiene que pedir. Todo esto (señor) estâ mal ajustado, porque siendo Don Ignacio sucessor singular en el dicho tributo por la dicha donacion, si puede llamarse tal (quedando por ella obligado a pagar quarenta y tantos ducados de renta) no se puede llamar deudor, de la Misericordia, ni passaron contra él las acciones que le daban contra ella, conforme a los textos vulgares l. fin. §. si hæres. ff. ad Trebelianum l. dolus. C. de rescindenda venditione l. cum pluribus. C. de rerum permutatione l. final §. final ff. de contrahenda emptione, y otros mil. Lo cierto y ajustado es, que Don Ignacio posseia el dicho tributo que estaua obligado con los demas bienes de Doña Ana Pizarro en fauor de la Casa de la Misericordia, y que viendo sentenciada la causa de remate por diez mil y tantos ducados, y que assi no era possible quedar con él, lo dio en pago a la dicha Casa, y ella le cedio sus acciones. Con que aya sido voluntaria, o involuntaria esta dacion in solutum, en el vn caso pudo pedir la cession, y en el otro aprouecharse della si el acreedor se la dio. El lugar de Escacia de cõmertijs. §. 2. gloss. 5. num. 89. que disputò latamente esta materia, comprehende ambos a dos casos. Sus palabras son: *Primus casus quãdo is qui soluit non est aliquo modo obligatus ad soluendum, neque ostendit se habere aliquod ius, seu interesse in solutione, & liberatione debitoris, ideo soluendo soluit sponte & motu proprio, nulla necessitate fulcire, damni vrgente: & isto casu concludo quod creditor non cogitur soluenti cedere iura, & actiones, si tamen cesserit, vtilis erit cessio. Secundus casus est, quando licet non sit obligatus, tamen possidet rem creditori pignoratam. vel aliter habet*

ius iure, seu interesse in solutione, & liberatione debitoris: & isto casu concludo, quod creditor cui solvit, debet cedere iura, & actiones, & multo magis procedit si molestatus solveret. Y no son malos lugares los que de contrario se alegan en el num. 26. que se aplicã mejor a esto, que a lo que los trae alli.

En los numeros 28. 29. y 30. se cansa en vano la parte contraria, alegando muchos Derechos, y Doctores en orden a probar, que aunque muchos estẽ obligados in solidum, y por esto el acreedor pueda cobrar de qualquiera dellos y de todos juntos, cõ todo esso si cõsta en quiẽ parò la vtilidad del cõtrato de q̃ el debito se causò, este tal si fue el q̃ pagò, no puede tomar cessiõ cõtra los demas correos de bendi. De dõde quiere inferir, q̃ auiẽdo sido D. Ana Pizarro la persona en quiẽ vino a parar la herencia de Doña Catalina su tia, & per inde la principal obligada a restituirla a la Misericordia, aunque de sus bienes se ayã hecho la restitucion, ni ella, ni Don Ignacio pudieron tomar cessión contra Gaspar de Leon, ni su muger. Y digo que se cansa en esto vanamente, porque como èl mismo apunta en el n. 31. y supone en el n. 1. la dicha D. Catalina Pizarro dexò a D. Iuliana 3U200. ducados para q̃ los gozasse por su vida, y no teniendo hijos los restituyesse a la dicha Doña Ana su hermana, o a la Misericordia, si la dicha D. Ana muriesse sin hijos tãbien, la qual cantidad efectiuamẽte recibierõ ella y su marido, como consta de las clausulas de sus testamẽtos q̃ estan a fojas. 3. donde la mandan satisfazer y pagar; y estos son los q̃ se piden por el dicho D. Ignacio, y en quãto a ellos siempre fueron los principales deudores Doña Iuliana y su marido. Y assi las doctrinas y Derechos de q̃ se vale se retuercen contra èl, pues son estos los que Don Ignacio pide, juntamente con quinientos ducados que la dicha Doña Ana Pizarro gastò en componer con su Magestad el mismo oficio de Escriuano publico, como tambien es hecho assentado por los autos.

Viendo pues desvanecido el discurso, buelve a insistir la parte contraria en el numero 32. en que Don Ignacio pagò de los bienes mismos de Doña Catalina Pizarro. A lo qual està respondido ya, que el tributo del Conuento de Santo Domingo de Porta cœli, que se dio en pago, ni era, ni pudo ser de bienes de Doña Catalina Pizarro, por auerse impuesto despues

pues muchos años de su muerte, y de dinero de la dicha Doña Ana, y a su nombre: ni era tāpoco ya de la dicha Doña Ana, porque del auia hecho donacion al dicho don Ignacio, diziēdo que era suyo, y obligandose a sanearlo, cō que como queda probado, pudo muy bien pedir a la Misericordia le cediesse sus derechos, y vsar de la cessión mucho mejor.

Con esto se vè obligada la parte contraria a tratar de el valor de la donacion, cuya respuesta pudieramos omitir, porq̄ don Ignacio no pide en virtud della, que entonces entraua bien con uenir primero a los bienes de Doña Ana Pizarro, y auiendolos vencido, litigar con los de Doña Iuliana y su marido, como deudores de la susodicha: Empero aora litiga ex iure cesso, representando la persona de la Casa de la Misericordia, vsando de sus derechos, y del pleyto executiuo que la susodicha siguio y vencio, con los dichos Gaspar de Leon, doña Iuliana y Doña Ana: teste Surdo, qui latèrem prosequitur consi. 22 p. 1. a num. 18.

Pero sin embargo de esto discurriremos breuemēte por lo q̄ opone a la dicha donacion; y lo primero es, no estar insinuada por parte legitima, lo qual se excluye breuemente, con que quando confessemos que tuuo necessidad de insinuacion, siēdo assi que no fue pura sino ob causam, como de ella misma consta, està bastantissimamente insinuada, porque en ella la misma Doña Ana que la hizo, dio facultad y poder a el dicho don Ignacio para que la insinuasse, lo qual hizo el susodicho, con que se cumplio con este requisito: *Cum insinuare nihil aliud sit quàm facere redigi donationem in scriptis coram iudice*, vt ex Bartolo & aliis docet Cancerius tomo 1. variarum, capitulo 8. numero 10. & 13. y assi con que se haga con voluntad de el donante se cumple. *Et sic communiter in instrumentis donationum conceditur per donatores donatarijs facultas insinuare faciendi donationes.* Palabras son de Cancerio vbi supra numero 18. El lugar de Iuan Gutierrez es muy bueno, de iuramento 1. parte cap. 7. num. 18. *Secundò infertur bonam esse practicam hodiernam, & cautelam, quæ solet adijci, vt scilicet in ipsomet instrumento donationis excedētis 500 aureos, donans concedat mandatum, & facultatem donatario comparendi coram iudice, & insinuandi huiusmodi donationem, quia cùm satis sit ipsam in actis coram iudice*

insinuare ad hoc vt ad scientiam & notitiam iudicis perveniat, & non requiratur de necessitate causæ cognitiõ, nec decretũ iudicis, nec quod iudex interroget ipsum donatorem an libenter, vel coactus id faciat, vel an sit donatio libera & vera, & nõ simulata? vt supra resolvimus: consequens est insinuationem hanc fieri posse per Procuratorem, cum nõ requiratur actus personalis partis, nec in iure reperiatur prohibitum, imo permissum sit vnicuique qui suis negotijs superesse non possit, vel, nolit per alios agere, vel conueniri: vt in leg. fin. ff. de procuratori bus & in leg. 1. titulo 10 lib. 1. fori. Siguieronle Molina, y otros que alega Hermosilla in leg. 9. titu. 4 part 5. gloss. 16. num. 9 donde con buenos Derechos y Doctores prueba, que es bastante que el donatario insinue. Con que se excluye esta defensa, y si la parte cõtraria ajustàra los lugares que alega, la excusára.

Lo otro, dezir que la donacion fue de todos los bienes, y assi pudo ser revocable, que es otra de las defensas, siendo assi q̃ fue del dicho tributo tã solamente, y q̃ la donante gozaua el vsufructo de diez mil y tantos ducados que a la Misericordia se restituyeron, que como insiste la parte contraria a numero 34 valia cada año 400. ducados; con que quando no tuuiera otros bienes, era bastãte, ex ijs quæ cum Antonio Gomesio, vtroque Molina, Gutierrez, Mantica, Castillo, Trentacinquio, Iulio Claro, Franquis, Cãcerio, & aliis resolvit Hermosilla leg. 9. titulo 4. part. 5 gloss. 1 num. 4. Accedit, que como largamente està alegado en el discurso deste pleito, de lo mesmo que dixo y declarô en el testamento donde hizo esta revocacion, claramente se conuence que quando lo otorgô, no tenia juizio, ni capacidad, ni memoria. Por manera q̃ quando la donacion fuera revocable, no podia tener efecto lo dispuesto entonces.

Peor es la quarta defensa, nempe que por auer començado la donacion por entrega, no quedò obligada Doña Ana Pizarro a sanearla: porque como ya emos apuntado, no pide dõ Ignacio a Doña Ana Pizarro en virtud de la donacion, sino a D. Iuliana, y a Gaspar de Leon, en virtud de la obligacion q̃ todos hizierõ a la Casa de la Misericordia, q̃ le cedio sus acciones. Y pidiera biẽ quando pidiera a D. Ana por la eviccion, porque lo que en esto se alega de contrario, no procede quã do la que donò se obligò expressamente a sanear, como lo hi

zo D. Ana Pizarro en la escritura, en que no tratar de obligarla, sino se executar la obligacion que hizo.

La vltima defensa, es pretender la parte contraria q̃ de bienes de Gaspar de Leon, y Doña Iuliana su muger se pagaron, y satisficieron mas cantidad de 3U800. ducados que son los que se le piden, y va refiriendo las partidas en que se hizo esta paga. Esta (señor) es como todo lo demas, poco ajustada a los autos, porque la primera partida de vn tributo de 1U500. ducados que dize pagaua el Duque de Alcala, que fue vno de los que se dieron a la Casa de la Misericordia, pertenecio a la dicha D. Ana Pizarro, como consta del testamento de Doña Iuliana, de que se vale la parte contraria, porque en el dize, q̃ por este tributo que a ella y a su marido, y a Gaspar de Leon pertenece, paga su hermana otro a los Beneficiados de la Veintena el qual deben ella y su marido, y que assi se vaya el vno por el otro.

Y en quanto a la segunda partida, en que dize cobrô Doña Ana Pizarro mil ducados de los 1U700. que entrarõ en poder de Gaspar de Leon, de los que pertenecieron a Doña Isabel de Flores, por auer ella recebido esta cantidad, siendo assi que en la misma clausula se dize que quedò a cargo de la dicha Doña Ana su paga, y satisfazer los reditos todo el tiempo que no los redimiesse, deberalos a la dicha Doña Isabel de Flores, no a Gaspar de Leon y su muger. Demas de q̃ siendo assi que la dicha Doña Ana redimio este tributo, antes se le deberan los 700. ducados con que Gaspar de Leon se quedô.

Lo mismo corre de los cien ducados que dize recibio la dicha Doña Ana Pizarro de 360. que doña Iuliana tomô a tributo del Conuento de Madre de Dios, porque estos deberalos al Conuento tambiẽ, y no a su hermana, que no los ha redimido, ni pagados los corridos.

En quanto a los mil y cien ducados restantes, quiere q̃ estè pagada Doña Ana Piçarro, con auer sido heredera vsufructuaria de su hermana, auer gozado el vsufructo, y no auer hecho inuentario. y para esto supone que por el testamento de la dicha Doña Iuliana tuuo obligacion de hazerlo, y que la institucion fue en lo que quedasse despues de pagadas las deudas. Todo esto en el Hecho y en el Derecho se conuence con facili

D dad:

dad: en el Hecho, porque visto el testamento de Doña Iuliana, dexa a su hermana por vsufructuaria, y le ordena haga inuentario, y en el codicilo le manda los bienes muebles, y le quita la obligacion de inuentariar: lo qual pudo muy bien hazer, ex ijs quæ tradit Mantica de coniecturis lib. 9. tit. 8. n. 49. Molina de primogenijs lib. 1. cap. 18. n. 13. Fusario de substitutionibus q. 512. n. 9. Por manera que en fuerza de el mandato de su hermana no tuuo obligacion a hazerlo, ni por la disposicion de Derecho tampoco, taliter que por no auerlo hecho, no pueda retener lo que le debia el testador, como latamente fundô Mantica de coniectur. lib. 7. tit. 8. n. 13. Menochio cons. 183. n. 33. Peregrino de fideicommissis art. 35. n. 1. Surdo côs. 7. n. 23. Mangilio de imputatione quæst. 17. n. 17. & 18. Sin q̃ obste todo lo que se dize, nempe que contra el heredero q̃ no haze inuentario iuratur in litem, y que las acciones se confunden, porque lo primero no se entiende con el heredero grauado a restituir la herẽcia, como lo resuelue el señor Molina lib. 1. cap. 18. n. 8. Fusario de substitutionib. quæst. 512. Peregrino de fideicommiss q. 667. n. 17. Y lo segundo se ha de entender quoad petendum, porque no se ha de conuenir a si mismo el heredero, no empero en quãto a retener: sic Fusarius cum multis, de substitutionib. q. 665. n. 2. vbi sic vidisse practicari affirmat latè & ex multis Merlinus de legitima lib. 2. tit. 1. q. 16. n. 8. Y por auer gozado el vsufructo, aunque sea tan pingue como la parte contraria quiere, tampoco quedò pagada la dicha Doña Ana, porque en la question: Vtrùm heres vsufructuarius teneatur compensare cũ vsufructu, quod defunctus ei debet? La mas verdadera resolucion es, que no tiene tal obligaciõ: sic Peregrinus de fideicommissis, art. 35. à num. 10. qui latè rẽ prosequitur. Surdus decis. 92. n. 6. Mangilius q. 17. art. 1. Merlinus de legitima lib. 2. tit. 1. q. 16. n. 12. Todo esto se ha dicho ex abundanti, porque no quede sin respuesta lo que por la parte contraria se alega, porque para el punto de que se trata, que es si se pudo, o no vender el dicho Oficio: no era menester tãto, mayormente quando oy han salido dos pleytos, de que està pedida acumulacion, en los quales està executado el mismo Oficio por dos tributos que sobre èl impusieron el mismo Gaspar de Leon, y Doña Iuliana Piçarro su muger: por manera que a los mismos bienes del susodicho ay concurso.

Con

Conque la dicha Doña Catalina de Gauiria parece tiene justicia, en pretender se confirme el remate sin embargo de lo alegado por el dicho Patronazgo. Y assi lo espera, &c.

Lic. Antonio Perez.